

Tilsynet med pengeinstitutters ledelse

- Finanstilsynets anvendelse af fit & proper-reglerne

Peter Frederiksen
Kandidatafhandling
Den juridiske kandidatuddannelse
Aalborg universitet, 2013

Forord

Denne afhandling tjener som kandidatafhandling på den juridiske kandidatuddannelse, cand.jur., ved Aalborg Universitet. Jeg vil gerne rette en varmfølt tak til min vejleder, lektor, ph.d. Sten Bønsing, som sjældent holder døren helt lukket.

Aalborg, d. 2. december 2013

Peter Frederiksen

English Summary

The global financial crisis has introduced a new approach to the supervision of banks, which, in Denmark, has led to several initiatives. In 2010 the Danish parliament adopted Act No. 579 of 1 June 2010, which in various ways increased the discretionary powers awarded to the Danish FSA. In particular, the FSA's discretionary powers in the assessment of the reputability and suitability of bank management seemed drastically increased. Fueled by three authors' criticism of various aspects of this, the thesis set out with the aim of determining the scope of the amendment of these provisions.

The Danish rules are based on the Banking Consolidation Directive (2006/48/EC), which commits the Member States to grant an authorisation to credit institutions only if directors of the institution are of sufficiently good repute. The Danish fit & proper rules are to be found in section 64(2), no. 4 of the Danish Financial Business Act (FBA), according to which a member of the board of directors or board of management shall at all times meet the following requirements:

“Shall not have behaved or behave such that there is reason to assume that the person in question will not perform the duties and responsibilities of such position adequately. In the assessment of whether a member of the board of directors or board of management behaves or has behaved inappropriately, emphasis will be on maintaining confidence in the financial sector.”

The authors in question criticized in particular, that introduction of the criteria concerning confidence resulted in a substantial breach of essential legal rights due to the imprecision of the provision.

Chapter 2 examines the background to the change. It is concluded that the law had its conception in an attempt to keep the Danish tradition to not stipulate fit & proper provision (i.e. requirements of a sufficiently good repute) as a condition for the enjoyment of civil rights.

In Chapter 3 is performed a detailed analysis of the interpretation of FBA section 64(2), no. 4 on the basis of both EU law and national Danish principles. It is concluded that the amendment had actually intended to invest the FSA with virtually unlimited powers of discretion, but that this was not in line with EU law. It concluded further that, the amendment didn't exclude the possibility of interpreting the provision in accordance with directive 2006/48/EC. As a result, the FSA is required in each case to make a specific assessment of all the relevant circumstances, including any and all mitigating circumstances. FSA is further required to make an assessment as to the proportionality of each measure, prohibiting action from being taken if the measure is found to be disproportionate to the objective. On this basis, it was concluded that the FSA's published de-

cisions were taken in violation of the principle of proportionality.

In *Chapter 4*, it was examined whether or not the Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence, appeared to have any influence on the fit & proper rules of the FBA. This fundamental right is established in article 4 of protocol 7 to the European Convention on Humans Rights. On the basis of a ruling from the European Court of Humans Rights it was concluded that there was no such influence.

In *Chapter 5* was finally given an overview of the relevant content of Directive 2013/36/EU which 1 January 2014 will repeal and replace the Banking Consolidation Directive. It is concluded that legislative changes are necessary in order to meet the requirements of the directives, but that, apparently, no new legislation concerning this matter is on the verge of being proposed.

Indholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| 1. Indledning..... | 5 |
| 1.1. Problemformulering, afgrænsning og metode..... | 6 |
| 2. Baggrunden for usikkerheden om opsamlingsbestemmelsens indhold..... | 8 |
| 2.1. Udgangspunktet i dansk ret: Afskaffelse af vandelskrav..... | 8 |
| 2.2. Direktivernes krav til indholdet af dansk ret..... | 9 |
| 2.3. Direktivernes gennemførelse i dansk ret..... | 11 |
| 3. Forvaltningsretlige overvejelser..... | 14 |
| 3.1. Den EU-retlige baggrund..... | 14 |
| 3.1.1. De relevante EU-bestemmelser..... | 14 |
| 3.2. Legalitetsprincippet..... | 15 |
| 3.3. Det nærmere indhold af FIL § 64, stk. 2, nr. 4..... | 17 |
| 3.3.1. Fortolkning (alene) med inddragelse af forarbejderne..... | 17 |
| 3.3.2. Fortolkning med inddragelse af de EU-retlige kilder..... | 20 |
| 3.4. Vurdering af Finanstilsynets afgørelser..... | 21 |
| 4. Grundretlige overvejelser..... | 22 |
| 5. Den fremtidige udvikling på området..... | 25 |
| 6. Konklusion og resumé..... | 28 |
| Litteraturfortegnelse..... | 30 |

1. Indledning

Efter en periode med høj økonomisk vækst indvarsledes en global finanskrisen, da Lehman Brothers Holdings Inc. indgav konkursbegæring 15. september 2008. Finanskrisen var resultatet af en række faktorer, og den gav dønninger i hele verden, herunder i Danmark, idet krisen bl.a. resulterede i manglende likviditet hos finansielle institutioner.

Som en del af den danske løsning på finanskrisen har lovgiver siden 2008 vedtaget en række ”bankpakker” af hensyn til det internationale samfunds tillid til den danske banksektor og for at sikre simple kreditorers indlån i bankerne. Et af de væsentligste resultater af pakkerne var stiftelsen (ved bankpakke 1) af Finansiell Stabilitet A/S¹, hvis hovedformål har været med hjemmel i de forskellige bankpakker at overtage og afvikle danske nødlidende pengeinstitutter.

Sideløbende med bankpakkerne har lovgiver vedtaget lovgivning, som har haft til formål at styrke reguleringen af og tilsynet med finansielle virksomheder i øvrigt, herunder lov 2010 0579 vedrørende ”[s]tyrkelse af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, præcisering af krav til styring og indretning af finansielle virksomheder m.v. og ændring af regler om egnethed og hæderlighed m.v.”. Forslaget til den nævnte lov blev således fremsat med henvisning til netop fremme af den finansielle stabilitet samt tilliden til de finansielle virksomheder og markeder, og det indebærer efter lovens forarbejder bl.a. en væsentlig udvidelse af Finanstilsynets skønsmæssige beføjelser på en række områder.

De nævnte regler om egnethed og hæderlighed (også betegnet fit & proper-reglerne) fremgår af § 64 i lov om finansiell virksomhed (FIL), jf. nu lbkg. 2013 0948 med senere ændringer. Udover en generel omskrivning af § 64 indførtes ved lov 2010 0579 som et nyt punktum følgende i opsamlingsbestemmelsen i stk. 2, nr. 4: ”Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen eller direktionen udviser eller har udvist en uforvarselig adfærd, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor.”

Udvidelsen af Finanstilsynets skønsmæssige beføjelser, i særlig grad i relation til det indførte tillidshensyn, er på baggrund af retssikkerhedsmæssige overvejelser blevet kritiseret af *Lars Bo Langsted*², *Camilla Hørby Jensen*³ og *Tanja Jørgensen*⁴. I forhold til det nye tillidshensyn i FIL § 64 stk. 2, nr. 4, anfører *Lars Bo Langsted* bl.a., at forarbejderne efter deres indhold indebærer, ”at det skal kunne vurderes (af Finanstilsynet), om

¹ Finansiell Stabilitet A/S’ navn blev ændret fra ”Afviklingselskabet” ved lov 2009 1273.

² Lars Bo Langsted, *En »fit and proper«-lov?* [i: Carsten Munk-Hansen (red.) og Trine Schultz (red.) et al., *Retssikkerhed i konkurrence med andre hensyn*, 1. udgave, 2012].

³ Camilla Hørby Jensen, *Ændrede regler for pengeinstitutters ledelse - helliger midlet målet?* [i: UfR 2011B.275ff.].

⁴ Tanja Jørgensen, *Retssikkerhed i Finanstilsynet* [i: UfR 2013B.119ff.].

den finansielle virksomhed – på baggrund af ledelsesmedlemmets adfærd, må det formodes – kan fortsætte som going concern 2-3 år ud i fremtiden”⁵, at det ”ganske enkelt ikke [er] muligt at forudsige noget som helst om dette med blot nogen grad af sikkerhed”⁶, og at ”[e]fter forarbejderne er der ingen tvivl om”, at bestemmelsen er beregnet på, at den ”skal kunne anvendes i alle sager, hvor tilsynet af den ene eller den anden grund måtte være utrygge ved en person”⁷. *Tanja Jørgensen* anfører om samme bestemmelse, at ”[i]ndsættelsen af tillidshensynet i § 64, stk. 2, nr. 4, 2. pkt., forekommer uproportionalt og slækker på de processuelle garantier”, og at det har ”svækket retssikkerheden uden nødvendigvis samtidig at hindre uforsvarlig drift”.⁸ *Camilla Hørby Jensen* anfører, at diverse advokatredegørelser⁹ har demonstreret, at det for de pengeinstitutter, som har været særligt ramt af finanskrisen, gælder, at problemerne fortrinsvis stammer fra manglende retningslinjer for kreditgivning eller tilsidesættelse heraf¹⁰, og at den reelle værdi af indførelsen af et tillidshensyn i FIL § 64 stk. 2, nr. 4, på denne baggrund kan diskuteres¹¹.

1.1. Problemformulering, afgrænsning og metode

De skønsmæssige rammer for Finanstilsynets anvendelse af opsamlingsbestemmelsen i FIL § 64, stk. 2, nr. 4, synes på baggrund af ovenstående konkret at gå ud over det blot tilnærmelsesmæssigt nødvendige, hvilket umiddelbart forekommer retssikkerhedsmæssigt endog meget betænkeligt.

På denne baggrund har nærværende afhandling til formål at ’angribe’ den udlægning af forarbejderne, som synes umiddelbart mest nærliggende: At Finanstilsynet med lovændringen har fået stort set ubegrænsede skønsmuligheder ift. vurderingen af, om ledelsesmedlemmer kan anses for tilstrækkeligt hæderlige og egnede til at varetage hvervet. Årsagen til denne tilgang er den simple, at såvel Danmark som EU normalt lægger relativt stor vægt på retssikkerhedsspørgsmål, og at dette taler for, at en så stor skønsmargin til forvaltningen til at foretage indgreb næppe har været hensigten.

Mens der på den ene side ikke synes at være megen litteratur om emnet – og endnu mindre offentliggjort praksis – spænder emnet for så vidt over såvel EU-retlige som danske retsakter og andre retskilder siden 1977, hvor 1. bankdirektiv blev en realitet. Afhandlingen er på baggrund heraf afgrænset til alene vedrøre *pengeinstitutter*, om end praksis vedrørende øvrige finansielle virksomheder vil blive inddraget som følge af den sparsomme praksis, ligesom det afhængigt af konteksten kan give mere mening at bruge

⁵ Lars Bo Langsted, *En »fit and proper«" lov?*, p. 11.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p. 13.

⁸ Tanja Jørgensen, *Retssikkerhed i Finanstilsynet*, p. 126.

⁹ En række af disse redegørelser eller dele heraf kan findes via hjemmesiden www.finansielstabilitet.dk.

¹⁰ Camilla Hørby Jensen, *Ændrede regler for pengeinstitutters ledelse - helliger midlet målet?*, p. 277.

¹¹ Ibid., p. 280.

begrebet finansielle virksomheder eller kreditinstitutter (den EU-retlige betegnelse). Afhandlingen er videre afgrænset til kun at vedrøre opsamlingsbestemmelsen i FIL § 64, stk. 2, nr. 4, om end øvrige bestemmelser i FIL § 64 samt FIL i øvrigt vil blive inddraget, hvis dette findes hensigtsmæssigt for analysen eller forståelsen heraf.

Da FIL's bestemmelser er af forvaltningsretlig karakter, vil tilgangen til emnet hovedsageligt tage udgangspunkt i dette områdes tankegang og metode. Da såvel litteraturen som praksis om emnet endvidere er meget sparsom, vil afhandlingen som udgangspunkt være argumentatorisk i sin tilgang.

'Angrebet' på opsamlingsbestemmelsen vil foregå på flere 'fronter':

- Dels ved at undersøge, hvad baggrunden for det indførte tillidshensyn og de øgede skønsbeføjelser må være (kapitel 2), idet dette kan give en mulig forklaring herpå. Dette nødvendiggør en større udredning af udviklingen i retskilderne, som dog ikke medtages af hensyn til afhandlingens rammer.
- Dels ved at foretage en nærmere analyse af indholdet af opsamlingsbestemmelsen (kapitel 3). Som følge af opsamlingsbestemmelsens EU-retlige baggrund vil analysen inddrage såvel danske som EU-retlige regler og principper.
- Dels ved at undersøge om grundrettigheder evt. kan have betydning for analysen (kapitel 4).

I kapitel 5 gives en oversigt over direktiv 2013/36/EU, som allerede 1. januar 2014 vil ophæve og erstatte det gældende kreditinstitutdirektiv (2006/48/EF)

Endelig indeholder kapitel 6 en konklusion, der samtidig tjener som dansk resumé af afhandlingen.

Det skal i øvrigt bemærkes, at afhandlingen kan ende som overflødig, hvis Danmark tilslutter sig den Europæiske Bankunion, idet ECB da vil overtage tilsynet med ledelsesmedlemmers hæderlighed og egnethed. Afhandlingen forudsætter derfor, at dette ikke vil ske inden for den nærmeste fremtid.

2. Baggrunden for usikkerheden om opsamlingsbestemmelsens indhold

Direktiver er, jf. art. 288 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.

Ift. de bagvedliggende direktivers fit & proper-krav har målet være at sikre, at medlemsstaterne ikke meddeler tilladelse til udøvelse af kreditinstitutvirksomhed, hvis den øverste ledelse ”ikke er i besiddelse af den nødvendige hæderlighed eller en fyldestgørende erfaring til at udøve disse funktioner”. Der ligger heri en bedømmelse af ledelsesmedlemmernes omdømme.

Som påpeget af *Lars Bo Langsted*¹² afskaffedes i hvert fald størstedelen af vandelskravene (krav om et godt levned eller godt omdømme) i dansk ret i 1951, hvorefter der indførtes et såkaldt skarpt adækvanskriterium i straffelovens §§ 78 og 79.¹³ Samtidig er direktiverne i dansk ret blevet implementeret på en sådan måde, at der i lovteksten fokuseres på en udvist adfærd og (i et eller andet omfang) risikoen for, at den udviste adfærd vil manifestere sig i en handlemåde, som vil skade virksomheden; – først i bank- og sparekasseloven¹⁴ (BSL) og siden i lov om finansiel virksomhed¹⁵ (FIL). Der kan derfor være grund til at foretage en analyse af forholdet mellem direktiverne og gennemførelsen i dansk ret.

Nedenfor gennemgås indledningsvis i afsnit 2.1. dansk retstraditions nuværende udgangspunkt (det skarpe adækvanskriterium). Herefter ses på, hvilke krav direktivet må formodes at stille til indholdet af dansk ret (afsnit 2.2.). Endelig vurderes i afsnit 2.3. gennemførelsen af direktiverne i dansk ret.

2.1. Udgangspunktet i dansk ret: Afskaffelse af vandelskrav

Den nuværende opbygning af straffelovens §§ 78 og 79 om rettighedsnægtelse og rettighedsfratagelse blev i det væsentlige indført på baggrund af kbet. 535-1950 angående fortabelse af rettigheder som følge af straf, afgivet af Straffelovskommissionen. Efter en nærmere gennemgang af de grunde, der måtte antages at kunne motivere vandelskrav, afvejet over for de samfundsmæssige interesser forbundet hermed, konkluderede kommissionen, ”at lovgivningen må, afskaffe vandelskrav for udøvelsen af borgerlige rettigheder og blot inden for et begrænset område hjemle udelukkelse fra en rettighed, når der som følge af et strafbart forhold er grund til at befrygte en nærliggende fare for mis-

¹² Lars Bo Langsted, *En »fit and proper«-lov?*, p. 4-5.

¹³ Jf. nu lbkg. 2013 1028.

¹⁴ Jf. lbkg. 2001 0787 med senere ændringer.

¹⁵ Jf. lbkg. 2013 0948 med senere ændringer.

brug, eller når iøvrigt overbevisende grunde fører til en vandelsregel i speciallovgivningen”¹⁶, og den foreslog på baggrund heraf, at der indførtes et ”skarpt adækvanskriterium”¹⁷, hvorefter nægtelse af borgerlige rettigheder ”i intet tilfælde [skal] kunne ske med den begrundelse, at den pågældende er uværdig til den fornødne tillid, eller at der består en fjernere mulighed for misbrug, men alene med en henvisning til, at [et bestemt] strafbar[t] forhold giver grund til at befrygte en nærliggende fare for misbrug”¹⁸. Kommissionens anbefalinger fulgtes efterfølgende ved lov 1951 0286, hvor en række vandelsbestemmelser i lovgivningen samtidig ophævedes.

Straffelovens §§ 78 og 79 omfatter fortsat et skarpt adækvanskriterium, således at de kun aktualiseres, hvis et *bestemt* strafbart forhold *begrunder* en *nærliggende* fare for misbrug af et hverv eller en stilling. Der findes herudover i dansk ret en række autorisationsordninger, hvis grundtræk er, at en autorisation, godkendelse eller tilladelse vil kunne inddrages, hvis en udvist adfærd i hvervet gør, at det må antages, at den pågældende ikke vil udføre hvervet på forsvarlig vis¹⁹ - og hvor man således i videst muligt omfang har søgt at fastholde et krav om adækvans mellem den udviste adfærd og den muligt fremtidige uforsvarlige adfærd i samme hverv.²⁰ Det skarpe og – hvor det findes nødvendigt – det lidt mildere adækvanskriterium kan ses som dansk retstraditions nuværende udgangspunkt²¹.

Hertil kommer dog et ukendt antal ordninger, som afviger fra ovenstående i større eller mindre grad, og hvorom det formentlig med kun ganske få undtagelser gælder, at de afvigende bestemmelser har baggrund i international ret, herunder i særlig grad EU-retten. Fx er der i revisorlovens § 44, stk. 2, 2. pkt., med baggrund i direktiv 2006/43/EF, indført et egentligt vandelskrav, om end det kun finder anvendelse ved ”nærliggende fare for, at revisor ikke kan varetage opgaven som offentlighedens tillidsrepræsentant på forsvarlig måde”. På tilsvarende vis er der i FIL, med baggrund i kreditinstitutdirektiverne, indført fit & proper-krav i § 64, stk. 2, om end også disse bestemmelser er tempereret af et vist mål af adækvans.

2.2. Direktivernes krav til indholdet af dansk ret

For direktiverne 2006/48/EF (kreditinstitutdirektivet), 2000/12/EF og 77/780/EØF (1. bankdirektiv) gælder alle, at de forpligter medlemsstaterne til ikke at meddele tilladelse til kreditinstitutvirksomhed, hvis ledelsesmedlemmerne ”ikke er i besiddelse af den nødvendige hæderlighed eller en fyldestgørende erfaring til at udøve” funktionen som

¹⁶ Jf. Kbet. 535-1950, p. 16.

¹⁷ Ibid. P. 26.

¹⁸ Ibid., p. 17.

¹⁹ Jf. fx § 7 i lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed, jf. lbkg. 2011 0877 med senere ændringer, § 44, stk. 2, 1. pkt. i revisorloven (lov 2008 0468 med senere ændringer)

²⁰ Se i samme retning Lars Bo Langsted, *En »fit and proper«" lov?*, p. 9.

²¹ Jf. også forarbejdernes bemærkninger til revisorlovens § 3.

ledelsesmedlem i et kreditinstitut. Efter direktiv 2013/36/EU, som 1. januar 2014 ophæver og erstatter kreditinstitutdirektivet, skal "[m]edlemmerne af ledelsesorganet [...] til enhver tid have et tilstrækkeligt godt omdømme og tilstrækkelig viden, faglig kompetence og erfaring til at kunne udføre deres opgaver". For alle direktiverne gælder, at en allerede meddelt tilladelse kun kan inddrages under visse (om end vide) betingelser, herunder hvis et eller flere ledelsesmedlemmer ikke opfylder de nævnte krav. Medlemsstaterne ses omvendt ikke efter direktivernes ordlyd at være forpligtet til at inddrage tilladelsen, hvis betingelserne herfor må anses for opfyldt, om end direktiv 2013/36/EU forpligter medlemsstaterne til at indføre hjemmel til såvel netop dette som en række sanktioner og foranstaltninger af administrativ karakter.

Hvor den danske udgave af de tre første direktiver anvender begrebet hæderlighed, anvender direktivernes engelske, tyske og franske udgaver hhv. betegnelserne "sufficiently good repute" (dansk: tilstrækkeligt godt omdømme), "die notwendige Zuverlässigkeit" (dansk: den nødvendige pålidelighed) og "l'honorabilité nécessaire" (dansk: den nødvendige hæderlighed), og fællestrækket må således være, at ledelsesmedlemmerne skal have et tilstrækkeligt godt omdømme. Dette svarer også til betegnelsen i såvel EBA's²² retningslinjer af 22. december 2012 som netop direktiv 2013/36/EU.

Det kan derfor uden videre lægges til grund, at de bagvedliggende EU-direktiver forpligter medlemsstaterne til at sikre, at de med hjemmel i national lovgivning kan nægte tilladelse til udøvelse af kreditvirksomhed, hvis ledelsesmedlemmerne ikke er i besiddelse af et tilstrækkeligt godt omdømme til at udøve ledelsesfunktionen.

Der kan ikke heri antages at ligge et generelt krav om adækvans mellem en udvist adfærd og hverve eller om, at der skal foreligge en nærliggende eller mere håndfast risiko for uforsvarlig adfærd i ledelseshvervet. Der kan næppe heller antages ligge et *generelt* krav om adækvans mellem en udvist adfærd og risikoen for en fremtidig uforsvarlig adfærd. Omstændigheder uden for ledelsesmedlemmets kontrol må således antages at kunne indebære, at ledelsesmedlemmet ikke kan anses for at have et tilstrækkeligt godt omdømme, uden at der i øvrigt kan peges på håndfaste indicier for en antagelse om, at ledelsesmedlemmet ikke vil varetage sin funktion på forsvarlig vis – fx i tilfælde af, at ledelsesmedlemmet pga. uheldige omstændigheder går konkurs eller lignende, uden at der i øvrigt er grund til at antage, at den pågældende ikke vil udøve ledelseshvervet på forsvarlig vis.

Da medlemsstaterne skal gennemføre EU-direktiver på en sådan måde, at de loyalt kan opfylde mindstekravene i disse, følger det, at Danmark i sin retsorden skal sikre, at hjemmelen til at nægte tilladelse til at udøve kreditinstitutvirksomhed omfatter alle situ-

²² Den Europæiske Banktilsynsmyndighed.

ationer, som er omfattet af direktiverne, herunder ift. kravet om et tilstrækkeligt godt omdømme. Ellers vil direktiverne ikke være korrekt gennemført.

Efter TEUF art. 288 er det som nævnt overladt til de nationale myndigheder at bestemme formen og midlerne for gennemførelsen. EU-rettens udgangspunkt er herved, at medlemsstaterne selv bestemmer, på hvilket organisatorisk og retskildemæssigt niveau gennemførelsen sker – så længe den sker. Det følger dog af EU-domstolens praksis, ”at medlemsstaterne på et [EU]-reguleret område af hensyn til retssikkerheden og retsskyttelsen er forpligtet til at udforme deres retsregler så utvetydigt, at de berørte personer sættes i stand til på tilstrækkeligt klar og tydelig måde at kende deres rettigheder og forpligtelser, og domstolene i stand til at sikre iagttagelsen heraf”²³. Dette var videre baggrunden for, at det i sag 143/83, *Kommissionen mod Danmark*²⁴, ikke ansås for tilstrækkelig gennemførelse af ligelønsdirektivet (75/117/EØF), at ligelønslovens²⁵ ordlyd omfattede ”samme løn for samme arbejde”, mens det alene i lovens forarbejder var angivet, at dette skulle forstås i overensstemmelse med direktivets begreb ”samme løn for samme arbejde og arbejde, som tillægges samme værdi”.

2.3. Direktivernes gennemførelse i dansk ret

Siden lov 1980 0177 har BSL og senere FIL indeholdt hjemmel til at nægte tilladelse til udøvelse af pengeinstitutvirksomhed, hvis fit & proper-kravene ikke var opfyldt. Opsamlingsbestemmelserne i hhv. BSL § 6, stk. 3, nr. 3 (senere stk. 6, nr. 3) og FIL § 64, stk. 2, nr. 4, har dog ændret indhold i perioden: Med implementeringen i BSL kunne tilladelse nægtes, hvis et ledelsesmedlem ”i stilling eller erhverv har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage stillingen eller hvervet på forsvarlig måde”. Med vedtagelsen af lov 2003 0453 (om finansiel virksomhed) kunne et ledelsesmedlem ”ikke bestride hvervet eller stillingen som henholdsvis bestyrelsesmedlem og direktør i en finansiel virksomhed, såfremt den pågældende har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde”. Dette ændredes med lov 2010 0579 igen til, at et ledelsesmedlem skal opfylde følgende: ”Må ikke have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen eller direktionen udviser eller har udvist en uforsvarlig adfærd, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor”.

Direktiverne er hermed i FIL og (særligt) BSL blevet ’oversat’ til en dansk kontekst: 1. bankdirektiv gennemførtes således i BSL fuldt ud inden for rammerne af det, som i afsnit 2.1. er betegnet den danske retstradition. Også 2003-lovens bestemmelser var affat-

²³ Jf. sag 257/86, *Kommissionen mod Italien*, Sml. 1988, p. 3249, præmis 12.

²⁴ Sml. 1985, p. 427.

²⁵ Jf. nu lbkg. 2008 0899.

tet på en måde, så det bærende element i vurderingen omfattede en kobling mellem på den ene side en af ledelsesmedlemmet udvist adfærd og på den anden side *risikoen* for, at vedkommende (i et eller omfang på baggrund af den udviste adfærd) ikke vil være i stand til at varetage stilingen eller hvervet på forsvarlig måde. Dette svarer for så vidt hverken til det skarpe eller det lidt mildere adækvanskriterium i den danske retstradition; men da begge de nævnte kriterier efter loven forudsættes til stede, må det antages, at jo mere hypotetisk og fjerntliggende risikoen for en fremtidig uforsvarlig adfærd er, *eller* jo mindre sammenhængen er mellem den allerede udviste og den fremtidige adfærd, jo mere vil dette *lovbundet* forhindre nægtelse af tilladelse.

Den nævnte, lovbundne kobling er næppe i fuld overensstemmelse med direktivets omdømmekrav. Som nævnt i afsnit 2.2. kan der principielt opstå tilfælde, hvor et ledelsesmedlems omdømme kan kompromitteres, uden at der er grundlag for at bebrejde den pågældende en udvist adfærd eller for at antage, at vedkommende ikke vil varetage sin funktion på forsvarlig vis – hvilket i øvrigt igen må antages at være baggrunden for, at der ikke skal foretages nogen nærmere vurdering efter FIL § 64, stk. 2, nr. 2, der blot slår fast, at ledelsesmedlemmet ”ikke [må] have indgivet begæring om rekonstruktionsbehandling, konkurs eller gældssanering eller være under rekonstruktionsbehandling, konkursbehandling eller gældssanering”. Hvor 2003-lovens tekst forudsatte, at to ’negative’ hensyn var til stede *samtidig*, må der således efter kreditinstitutdirektivet bestå et krav om, at a) den udviste adfærd, b) risikoen for en fremtidig uforsvarlig adfærd, og c) eventuelle andre relevante omstændigheder alle er *sideordnede* og ikke tvingende indbyrdes afhængige hensyn.

Denne diskrepans mellem 2003-loven og direktivet kan igen ses som baggrunden for indførelse af tillidshensynet i § 64, stk. 2., nr. 4, 2. pkt.: ”Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen eller direktionen udviser eller har udvist en uforsvarlig adfærd, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor”. Forarbejderne udtaler følgende om ændringen:

”Det har hidtil været således, at man har benyttet den samme proportionalitetsvurdering i forbindelse med indgreb efter reglerne om egnethed og hæderlighed i den finansielle lovgivning, som den, der benyttes efter straffelovens § 78, stk. 2, om personer som udøver virksomhed, hvortil der kræves en særlig offentlig autorisation eller godkendelse. Benyttes denne vurdering, indebærer det imidlertid, at det i praksis er stort set umuligt at gribe ind over for ledelsesmedlemmer, som har vist sig uegnede til at stå i spidsen for en finansiell virksomhed, men som ikke kan fjernes med henvisning til [...] § 64, stk. 1, nr. 1 -3. Tilsidesættelse af det mere skønsprægede krav i § 64, stk. 2, nr. 4, vil som oftest ikke være proportionale efter den nuværende proportionalitetsvurdering i henhold til straffelovens § 79 om rettighedsfrakendelse. Det har hidtil været vurderingen, at der skal være helt klare tegn på, at virksomheden havde lidt skade eller at dette ville ske umiddelbart efter. Derimod ville et indgreb mod et ledelsesmedlem, hvis handlinger endnu ikke havde manifesteret sig i økonomiske vanskeligheder ikke kunne anses for proportionalt. Med den nye formulering af stk. 2, nr. 4, fastslås det, at hensynet til at opretholde og sikre den fremtidige tillid til den finansielle sektor skal inddrages, når proportionaliteten i en konkret vurdering eller i et konkret indgreb over for et ledelsesmedlem, skal vurderes. For at opretholde tilliden til den finansielle sektor fordres det således at indgreb kan ske på et tidspunkt, hvor

Finanstilsynet på baggrund af sin erfaring og sit kendskab til markedsforholdene samt til den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis ikke der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift.”

Efter forarbejderne kan det indførte tillidshensyn således på én og samme tid ses som et forsøg på at gøre lodderne fra det ene lovbestemte hensyn (den udviste adfærd) tungere, samtidig med at lovttekstens kobling mellem den udviste adfærd og risikoen for en fremtidig, uforsvarlig adfærd mindskes. Herved bringes FIL tættere på direktivets indhold, selvom det ikke synes helt klart, om direktivet kan anses for tilstrækkeligt gennemført. Indførelsen af det tredje hensyn skaber på den anden side, jf. nærmere afsnit 3.2., en så stor usikkerhed om fortolkningen og indholdet af bestemmelsen, at det kan synes umuligt at forudsige, hvornår der kan foretages indgreb.²⁶

På baggrund af ovenstående findes det rimeligt at antage, at den øgede usikkerhed om opsamlingsbestemmelsens nærmere indhold i bund og grund skyldes, at man ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser har været tilbøjelig til at afvige fra den retstradition, som blev indført i 1951 på baggrund af kbet. 535-1950; og at fastholdelsen af retstraditionens udgangspunkt sker på bekostning af væsentlige retssikkerhedshensyn. Det ville dog have været retssikkerhedsmæssigt mere forsvarligt, hvis man lovfæstede et krav om tilstrækkeligt godt omdømme i opsamlingsbestemmelsen og gav nærmere retningslinjer herfor i forarbejderne.

²⁶ Jf. også Lars Bo Langsted, *En »fit and proper«" lov?*, p. 17.

3. Forvaltningsretlige overvejelser

Fit & proper-kravene har ultimativt det formål, at Finanstilsynet kan træffe afgørelser, som sikrer, at ledelsen af danske pengeinstitutter er tilstrækkeligt hæderlige og egnede til i samfundets optik at måtte varetage ledelsen af pengeinstitutterne.

Da reglerne imidlertid har en EU-retlig baggrund, foreligger der en række bagvedliggende EU-retskilder. Disse gennemgås i afsnit 3.1.

For at kunne nå det ønskede mål skal Finanstilsynet have tilstrækkelig hjemmel til at træffe afgørelse om indgreb. Dette hjemmelskrav består dels af en opfyldelse af legalitetsprincippet (afsnit 3.2.) og dels af en nærmere vurdering af om og i hvilket omfang, der er sagligt belæg for at træffe afgørelse efter FIL's bestemmelser. (afsnit 3.3.).

I afsnit 3.4. foretages endelig en vurdering af den sparsomme praksis, som er offentligt tilgængelig.

3.1. Den EU-retlige baggrund

Da FIL § 64, stk. 2, nr. 4, har baggrund i kreditinstitutdirektivet, skal bestemmelsen fortolkes og administreres i overensstemmelse med EU-retlige principper.²⁷

Dette indebærer bl.a., at i det omfang, det overhovedet er muligt, skal den danske bestemmelse fortolkes i overensstemmelse med den EU-retlige direktivbestemmelse. Fortolkningen af sidstnævnte vil normalt ske ved en kombination af ordlyds- og formålsfortolkning, hvor en fælles bærende ordlyd kan udfindes fra de forskellige og i øvrigt ligeværdige sproglige versioner af EU-retsakterne.²⁸

Det indebærer også, at medlemsstaternes anvendelse af nationale regler med baggrund i EU-retten skal ske i overensstemmelse med det EU-retlige proportionalitetsprincip; og i det omfang, det følger af særlige EU-regler herom eller er en forudsætning for EU-rettens effektivitet, indebærer det også, at anvendelsen af de nationale regler skal ske med respekt for EU-retlige forvaltningsregler eller andre principper.²⁹

3.1.1. De relevante EU-bestemmelser

Kreditinstitutdirektivets³⁰ krav til opsamlingsbestemmelsen i FIL § 64, stk. 2, nr. 4, er i sidste ende, at Finanstilsynet i medfør af bestemmelsen kan udtale, at et ledelsesmedlem

²⁷ Jf. Niels Fenger, *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret* (1. udgave, 2010), pp. 1-4.

²⁸ *Ibid.*, p. 40.

²⁹ *Ibid.*, p. 4-5.

³⁰ Direktiv 2006/48/EF.

”ikke er i besiddelse af den nødvendige hæderlighed” til at udøve ledelsesfunktionen – og på baggrund heraf iværksætte tilsynsforanstaltninger.

Efter pkt. 7 i direktivets præambel er et af målene med direktivet ” at sikre et mindstemål af harmonisering, som er nødvendig og tilstrækkelig for at sikre en gensidig anerkendelse af tilladelser og ordninger med forsigtighedstilsyn, der åbner mulighed for meddelelse af en enkelt tilladelse gældende i hele Fællesskabet og for anvendelse af princippet om hjemlandstilsyn”.

EBA har udstedt retningslinjer af 22. december 2012 for vurdering af egnetheden af medlemmer af ledelsesorganet og personer med nøgelfunktioner. Efter retningslinjerne bør et ledelsesmedlem anses for at have et godt omdømme, medmindre andet er indikeret (pkt. 13.1.), mens den pågældende ”ikke [bør] anses for at have et godt omdømme, såfremt vedkommendes personlige eller forretningsmæssige adfærd giver anledning til væsentlig tvivl om vedkommendes evne til at sikre sund og sikker ledelse af kreditinstituttet”. Dette hovedkriterium for, hvornår et ledelsesmedlem ikke har et godt omdømme, uddybes i pkt. 13.3.-13.7. vedr. ”kriminelle og administrative overtrædelser” (13.3. og 13.5.), ”kumulative virkninger af flere mindre hændelser” (13.4.), ”adfærd i tidligere forretningsaktiviteter” (13.6.) samt ”tidligere og nuværende forretningsresultater og finansielle soliditet, for så vidt angår deres potentielle konsekvenser for medlemmets omdømme” (13.7.). I forbindelse med vurderingen af et ledelsesmedlems ”kriminelle og administrative overtrædelser” skal der efter pkt. 13.3. foretages en vurdering af karakteren og alvoren heraf, i hvilken forbindelse en række faktorer skal inddrages.

Retningslinjerne er udstedt med hjemmel i art. 16, stk. 1, i forordning (EU) nr. 1093/2010, hvorefter EBA kan udstede ”retningslinjer og henstillinger rettet til kompetente myndigheder eller finansielle institutioner med henblik på at fastlægge en konsekvent og effektiv tilsynspraksis i ESFS og sikre en fælles, ensartet og konsekvent anvendelse af EU-retten”. De må derfor også antages at have en væsentlig retskildeværdi i forbindelse med EU-domstolens fortolkning af begrebet ”den nødvendige hæderlighed”. Finanstilsynet har i overensstemmelse med ”comply or explain-princippet” i den nævnte artikels stk. 3 bekræftet, at tilsynet agter at efterleve retningslinjerne.

3.2. Legalitetsprincippet

Legalitetsprincippetets inderste kerne er, at forvaltningens indgreb over for borgerne skal have hjemmel i lov eller i forskrifter udstedt med hjemmel i lov. Det er generelt accepteret i såvel teori som praksis, at kravene til hjemmelens klarhed og sikkerhed skærpes i takt med indgrebets intensitet, og at særligt indgribende foranstaltninger kræver en særligt sikker og klar hjemmel.³¹

³¹ Jf. Jon Andersen, *Legalitetsprincippet og fortolkning*, p. 302 og 180 [i: Hans Gammeltoft-Hansen et al., *Forvaltningsret*, 2. udgave, 2002], Jens Garde, *Saglige krav*, pp. 175 og 180 [i: Jens Garde et al., *Forvalt-*

Enhver vurdering efter fit & proper-reglerne har til formål at vurdere, hvorvidt en bestemt person kan antages at være tilstrækkeligt hæderlig og egnet til i samfundets optik at måtte varetage en bestemt ledelsesfunktion i et bestemt pengeinstitut. Er han ikke det, vil Finanstilsynet kunne iværksætte indgreb, som i sidste ende har til formål at nægte eller fratage den pågældende den ret, som vedkommende ellers ville have til at bestride ledelsesfunktionen. Fit & proper-reglernes kerne består således i rettighedsnægtelse eller -fratagelse, hvilket, jf. afsnit 2.3., også er baggrunden for reglernes nærmere udformning i dansk ret. Selvom Finanstilsynets ultimative indgrebsmulighed består i nægtelse eller inddragelse af tilladelse til udøvelse af pengeinstitutvirksomhed, træffer Finanstilsynet afgørelser med direkte og/eller meget indgribende virkning for den enkelte person. På baggrund heraf synes det rimeligt at antage, at Finanstilsynets afgørelser om fit & proper-relaterede spørgsmål generelt kræver en rimelig sikker og klar hjemmel.

Ift. fit & proper-bestemmelserne er der i FIL lovfæstet hjemler til nægtelse af tilladelse (§ 14 stk. 1, nr. 2), til inddragelse af en meddelt tilladelse (§ 224, stk. 1, nr. 2) samt til meddelelse af påbud over for et pengeinstitut eller et bestyrelsesmedlem (§ 351, stk. 1-2), hvis et ledelsesmedlem ikke kan anses for at opfylde kravet i FIL § 64, stk. 2, nr. 4. Udover de lovfæstede hjemler fremgår det af forarbejderne til såvel lov 2010 0579 som lov 2003 0453, at Finanstilsynet i forbindelse med ledelsesmedlemmers tiltrædelse ”påser”, at kravet er opfyldt, hvilket ved lov 2004 1383 suppleredes med FIL § 355, stk. 2, nr. 4, hvorefter ”[e]n som Finanstilsynet modtager oplysninger om i forbindelse med godkendelse i medfør af § 64, stk. 1 og 2” har partsstatus. Finanstilsynets afgørelse af 17. december 2012, hvori en person ikke kunne ”godkendes som bestyrelsesmedlem” i et livsforsikringselskab, blev truffet alene på baggrund af § 64.

De lovfæstede hjemler må antages at være tilstrækkeligt sikre og klare som hjemmelsgrundlag, omend hjemlernes nærmere rækkevidde må bero på en fortolkning af bestemmelserne i FIL § 64, herunder i forbindelse med den konkrete subsumtion under bestemmelsen.

Selvom § 64 ikke indeholder udtrykkelig hjemmel til at træffe afgørelse i forbindelse med ledelsesmedlemmers tiltrædelse, er der en række faktorer, som taler for eksistensen af en ulovfæstet hjemmel: Dels forarbejderne, som må antages at være i overensstemmelse med en praksis, som har eksisteret siden kravenes indførelse i BSL; dels den omtalte partsstatusbestemmelse, som giver klart udtryk for, at der *sker* en godkendelse; og endelig må det anses for samfundsøkonomisk uansvarligt, hvis Finanstilsynet først kunne foretage en bedømmelse *efter* ledelsesmedlemmets tiltrædelse, hvorved den indgribende virkning over for borgeren i øvrigt også ville blive større. Imod taler på den an-

ningsret – Almindelige emner, 5. udgave, 2009], samt Sten Bønsing, *Almindelig Forvaltningsret* (3. udgave, 2013), p. 287.

den side, at det ikke er helt klart, hvad en sådan hjemmel i givet fald må antages at indebære: Der synes ikke at være anden konsekvens ved en nægtelse af godkendelse, end at pengeinstituttet og ledelsesmedlemmet herved har fået en tilkendegivelse om, at Finanstilsynet vil gøre brug af påbudshjemlerne, hvis tilsynets opfattelse ikke følges. Samtidig har en godkendelse ikke nogen egentlig betydning, idet der ikke findes hjemmel til at inddrage en sådan godkendelse. Det synes umiddelbart mest rigtigt at antage, at den pågældende praksis rent faktisk er hjemlet, men det må erkendes, at svaret er usikkert. Under alle omstændigheder ville det være mest hensigtsmæssigt, hvis der indførtes udtrykkelig lovhjemmel, hvorved eventuelle retssikkerhedshensyn også kunne afklares af lovgiver.

3.3. Det nærmere indhold af FIL § 64, stk. 2, nr. 4.

Ved lov 2003 0453 fik opsamlingsbestemmelsen følgende indhold: ”Et medlem af bestyrelsen og direktionen kan ikke bestride hvervet eller stillingen som henholdsvis bestyrelsesmedlem og direktør i en finansiel virksomhed, såfremt [...] den pågældende har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde”. Efter nyaffattelsen ved lov 2010 0579 ændredes dette til: ” Et medlem af bestyrelsen eller direktionen skal opfylde følgende: [...] Må ikke have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen eller direktionen udviser eller har udvist en uforsvarlig adfærd, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor”.

3.3.1. Fortolkning (alene) med inddragelse af forarbejderne

Bestemmelsens første punktum indebærer efter sin ordlyd, at der reelt skal foretages to vurderinger: Først en vurdering af en udvist adfærd; dernæst en vurdering af, om ledelsesmedlemmet på baggrund af den udviste adfærd må antages (fremover må det formodes) ikke at ville varetage sit hverv på forsvarlig måde. Udfaldet af den anden vurdering vil helt naturligt afhænge, om den vurderede adfærd er anset for uforsvarlig og i givet fald graden heraf. Det indførte tillidshensyn indebærer efter sin ordlyd, at der i forbindelse med vurderingen af, om den udviste adfærd må anses for uforsvarlig, skal lægges vægt på hensynet til tilliden til den finansielle sektor.

En ordfortolkning viser, at tillidshensynet er meget upræcist affattet: Hvis tillid er der tale om? Umiddelbart skulle man mene, at det er ”samfundets” tillid, men spørgsmålet står åbent. Uanset hvis tillid der måtte være tale om, hvordan skal denne tillid da bedømmes? Vægter tillidshensynet ’positivt’, hvis en udvist adfærd ikke kan siges at påvirke tilliden til den finansielle sektor?

Forarbejderne indeholder følgende bemærkninger af relevans for spørgsmålene:

1. ”Tilsidesættelse af det mere skønsprægede krav i § 64, stk. 2, nr. 4, vil som oftest ikke være proportionale efter den nuværende proportionalitetsvurdering”, som ifølge forarbejderne har været baseret på det skarpe adækvanskriterium.
2. ”[D]a ledelsessvigt og økonomiske problemer i en enkelt finansiel virksomhed har en afsmittende effekt på hele den finansielle sektors omdømme og det omgivende samfunds tillid til sektoren, vil ledelsessvigt i selv små finansielle virksomheder kunne have betydning for tilliden til den samlede branche. Man kan således ikke, blot fordi der er tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, som alene beskæftiger sig med et begrænset område, udlede, at ledelsessvigt ikke har betydning for tilliden til den samlede finansielle sektor”.
3. ”Med den nye formulering af stk. 2, nr. 4, fastslås det, at hensynet til at opretholde og sikre den fremtidige tillid til den finansielle sektor skal inddrages, når proportionaliteten i en konkret vurdering eller i et konkret indgreb over for et ledelsesmedlem, skal vurderes”

Forarbejderne giver efter min opfattelse dermed udtryk for følgende: *For det første*, at den hidtil i praksis anlagte proportionalitetsvurdering ikke har været hensigtsmæssig, fordi den har virket hindrende for indgreb over for ledelsesmedlemmer. *For det andet*, at der i alt væsentligt er identitet mellem på den ene side ”tilliden til den finansielle sektor” og på den anden side ”ledelsessvigt [...] i en enkelt finansiel virksomhed”, også selvom ”der tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, som alene beskæftiger sig med et begrænset område”. Og endelig *for det tredje*, at tillidshensynet, dvs. ledelsessvigt, skal inddrages ved proportionalitetsvurderingen – hvilket ret beset må betyde, at der skal lægges mere vægt herpå, end der ellers ville være blevet. Det følger heraf, at tillidshensynet ikke kan tillægges positiv, men kun negativ vægt.

Hvis forarbejderne inddrages, lægges der efter min opfattelse dermed op til følgende forståelse af bestemmelsen:

- Først skal der foretages en vurdering af en udvist adfærd. Der skal i forbindelse med vurderingen af, om der tale om en uforsvarlig adfærd (og i givet fald graden heraf), lægges vægt på, om der er tale om ledelsessvigt. De eksempler på uforsvarlig adfærd, som er givet i forarbejderne, er ret omfattende, og de kan stort set alle defineres som ”ledelsessvigt”. Stort set enhver ikke fuldstændigt betydningsløs tilsidesættelse af eksterne eller interne regelsæt vil således kunne defineres som ledelsessvigt – og dermed kunne anses som en uforsvarlig adfærd.
- Dernæst skal der foretages en vurdering af, om ledelsesmedlemmet på baggrund af den udviste adfærd må antages ikke at ville varetage sit hverv på forsvarlig måde i fremtiden. Er der tale om ledelsessvigt, vil der ikke blot være tale om uforsvarlig adfærd, men forholdet skal også tillægges større betydning i proportionalitetsvurderingen. Ledelsessvigt må derfor på forhånd antages at indebære en formodning om, at den pågældende ikke i fremtiden vil varetage hvervet på forsvarlig måde, og indgreb i forbindelse hermed næsten automatisk legitimeret uanset de nærmere omstændigheder.

Den offentliggjorte praksis på området er meget sparsom. Der ses således ikke at være offentliggjorte domme vedr. Finanstilsynets afgørelser baseret på FIL § 64, stk. 2. Samtidig har Finanstilsynet siden ikrafttrædelsen af lov 2010 0579 kun offentliggjort to afgørelser begrundet i en antagelse om, at et ledelsesmedlem ikke vil varetage sit hverv på forsvarlig måde:

- 1) Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010 vedrørte en bestyrelsesformand A i et forsikringselskab. A havde som referent til bestyrelsesmøderne ikke sikret, at en række forhold blev ført til protokols, hvilket betød, at der ikke forelå dokumentation for disse forhold og dermed usikkerhed om dem. På baggrund heraf fandt tilsynet ikke, at A "som medlem af bestyrelsen, har udvist eller udviser en adfærd, hvor der er grund til at antage, at han vil varetage hvervet på forsvarlig måde". Finanstilsynet lagde herved ikke vægt på oplysninger fra selskabet om, at forholdene på trods af den manglende tilførsel i protokollen var, som de skulle være, og at bestyrelsen havde valgt en anden referent.
- 2) Finanstilsynets afgørelse af 17. december 2012 vedrørte personen B, der tidligere havde været bestyrelsesmedlem i såvel en modervirksomhed MV som dennes dattervirksomhed DV. DV blev efter et tilsynsbesøg pålagt at nedskrive et engagement med MV og led dermed et (muligvis betydeligt) regnskabsmæssigt tab, hvorefter flere af DV's bestyrelsesmedlemmer, herunder B, udtrådte. Et halvt års tid efter ønskede B en tilkendegivelse af, om han ville kunne tiltræde hvervet som bestyrelsesmedlem i et livsforsikringselskab. Tilsynet udtalte herom, at da B både havde været ledelsesmedlem i MV og DV, havde han været medvirkende til at påføre DV, som han var ledelsesmedlem i, et tab på baggrund af sin ledelsesrolle i MV, hvilket var i strid med FIL § 64, stk. 2, nr. 3. Tilsynet udtalte videre, at dette "er udtryk for en uansvarlig adfærd, der giver grund til at antage at [B] ikke vil varetage en post som bestyrelsesmedlem i [livsforsikringselskabet] på forsvarlig vis", jf. FIL § 64, stk. 2, nr. 4.

Afgørelserne er anonymiserede, men i øvrigt offentliggjort i deres helhed. For begge afgørelseres vedkommende gælder, at tillidshensynet overhovedet ikke underkastes en selvstændig vurdering, at der ikke foretages en nærmere vurdering af den grad af uforsvarlighed, der er tale om, og at der ikke er medtaget bemærkninger om, hvorfor den udviste adfærd må føre til antagelsen om en uforsvarlig adfærd i fremtiden. Begge afgørelser konstaterer blot (med flere ord), at der skal lægges vægt på tillidshensynet, at den konstaterede adfærd har været uforsvarlig, og at det antages, at den pågældende ikke vil varetage hvervet på forsvarlig vis.

Selvom empirien er sparsom kan det tale for, at i hvert fald Finanstilsynet deler den ovenfor angivne opfattelse af, hvorledes tillidshensynet ifølge forarbejderne skal forstås. Hvilket igen underbygger *Lars Bo Langsteds* udsagn: "Efter forarbejderne er der ingen tvivl om", at bestemmelsen er beregnet på, at den "skal kunne anvendes i alle sager, hvor tilsynet af den ene eller den anden grund måtte være utrygge ved en person"³².

³² Lars Bo Langsted, *En »fit and proper«* lov, p. 13.

3.3.2. Fortolkning med inddragelse af de EU-retlige kilder

Som nævnt følger det af EU-retten, at nationale bestemmelser med baggrund i EU-retten i videst muligt omfang skal fortolkes EU-konformt, og at nationale myndigheder ved anvendelsen af sådanne regler skal iagttage det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Selvom der lægges vægt på, at tilsynet efter direktivernes præambler er et ”forsigtighedshensyn”, kan begreberne ”den nødvendige hæderlighed” (direktiv 2006/48/EF) og ”tilstrækkeligt godt omdømme” (direktiv 2013/36/EU) næppe tolkes på anden måde, end at der i hver enkelt sag skal foretages en *konkret* vurdering, som skal inddrage alle relevante forhold. Denne konkrete vurdering skal i kraft af det EU-retlige proportionalitetsprincip også omfatte en vurdering af, om der består et misforhold mellem det konkrete indgreb og det tilsigtede mål.³³

At det forholder sig på den måde tydeliggøres kun i EBA’s retningslinjer, som i pkt. 5.3. udtaler følgende: ”Hvis der er forhold, som sår tvivl om erfaringen eller det gode omdømme hos et medlem af ledelsesorganet og personer med nøglefunktioner, bør der foretages en vurdering af, på hvilken måde dette vil eller kunne have indflydelse på vurderingen af den pågældende persons egnethed. Alle forhold, der er relevante for og tilgængelige ved vurderingen, bør tages i betragtning, uanset hvor og hvornår de er opstået”. I pkt. 13.3., som vedrører ”kriminelle og administrative overtrædelser”, fremgår videre følgende: ”Der bør tages hensyn til omstændighederne, herunder eventuelle formildende omstændigheder, og alvoren af en eventuel relevant overtrædelse eller administrativ eller tilsynsmæssig foranstaltning [...]”.

FIL skal derfor være indrettet på en måde, så der foretages en proportionalitetsvurdering, herunder en konkret vurdering af sagens nærmere omstændigheder: En konstateret kritisabel adfærd må ikke nærmest pr. automatik føre til indgreb. Spørgsmålet er derfor, om det overhovedet er *muligt* at fortolke FIL’s opsamlingsbestemmelse i overensstemmelse med disse krav.

Svaret herpå må være et klart ja: Ønsket om indførelse af tillidshensynet begrundes i forarbejderne bl.a. med, at man ønsker at distancere sig fra den hidtidige praksis, hvorefter Finanstilsynet anvendte det skarpe adækvanskriterium i straffelovens §§ 78 og 79 i forbindelse med dets proportionalitetsvurderinger. Man kan herved fortolke tillidshensynet som en principbestemmelse, der netop har til hensigt at opnå dette, og se bort fra de øvrige bemærkninger herom i forarbejderne. Det er så en anden sag, at affattelsen af FIL § 64, stk. 2, nr. 1 og 2, allerede før lov 2010 0579 afveg så meget fra formuleringen af det skarpe adækvanskriterium, at det må anes for en fejl, at man overhovedet har benyttet denne vurdering.

³³ Jf. Niels Fenger, *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*, pp. 4 og 40.

3.4. Vurdering af Finanstilsynets afgørelser

På baggrund af de forrige afsnit skal om de to tidligere omtalte offentliggjorte afgørelser (se afsnit 3.3.1.) videre anføres følgende:

Afgørelsen af 17. december 2012 er reelt er begrundet i en overtrædelse af FIL § 64, stk. 2, nr. 3. Denne bestemmelse er i forarbejderne begrundet i to forhold: *For det første* en fare for, at ledelsesmedlemmet ikke vil være tilstrækkeligt objektiv i sine vurderinger som følge af tabet eller risikoen herfor ift. egne engagementer eller engagementer med virksomheder, som vedkommende ejer, deltager i ledelsen af eller på anden vis har væsentlig indflydelse. Og *for det andet* en fare for, at bestyrelsesmedlemmerne heller ikke vil være tilstrækkeligt objektive under sådanne omstændigheder, når de skal træffe beslutninger om de pågældende engagementer. Bestemmelsen må derfor antages kun at vedrøre lige præcis den virksomhed, som led et tab eller risiko herfor, hvorfor den ikke *uden videre* må kunne begrunde afgørelser efter opsamlingsbestemmelsen. Af forarbejderne til opsamlingsbestemmelsen fremgår endvidere, at ”viden om, at den pågældende i gentagne tilfælde har været en del af ledelsen i virksomheder, der er gået konkurs, [kan] begrunde, at Finanstilsynet vurderer, at en person ikke opfylder kravet”. Det synes på baggrund heraf klart uproportionalt *alene* og *uden videre* at begrunde afgørelsen med henvisning til overtrædelsen af forbuddet i FIL § 64, stk. 2, nr. 3.

Også afgørelsen af 26. august 2010 synes kritisabel: Der kan ikke herske tvivl om, at det var kritisabelt, at bestyrelsesformanden som referent ikke førte en række forhold til protokols. Men da bestyrelsen *havde* valgt en anden referent, og da afgørelsen efter dens indhold *alene* var baseret på den mangelfulde protokolførelse, synes afgørelsen at være klart uproportional.

4. Grundretlige overvejelser

Man kan rejse det spørgsmål om retten til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse har eller kan antages at have indflydelse på anvendelsen af FIL's fit & proper-regler.

Rettigheden følger af art. 4 i protokol 7 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK). Det er i denne forbindelse væsentligt at hæfte sig ved, at konventionen og de protokoller, som Danmark har tiltrådt, er inkorporeret i dansk ret (ved henvisning) og således er en egentlig del af dansk ret.³⁴

Retten til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse er den straffeprocessuelle pendant af *ne bis in idem*-princippet ("ikke to gange om det samme"). Der er således også en civilprocessuel variant, som er indeholdt i den negative retskraft af civile domme.

Det er hermed også sagt, at princippet ikke er alment gældende på tværs af de processuelle systemer. Noget sådant ville indebære et bundet krav om, at fx en sag om vold, som kan omfatte både civile krav og strafkrav, *skal* føres som én sag, hvilket allerede som følge af processystemernes forskellige bevisregler ville være uholdbart. Også andre hensyn, herunder væsentlige samfundshensyn, kan spille ind i denne forbindelse.

På den anden side kan et indgreb, som er klassificeret som civilretligt, være så intensivt, at man kan rejse det spørgsmål, om selve intensiteten af indgrebet gør, at man bevæger sig inden for området for den nævnte grundret. Det skal herved understreges, at påbud til et pengeinstitut om at afsætte en direktør, jf. FIL § 351, stk. 1 og 3, eller til et bestyrelsesmedlem om at nedlægge sit hverv, jf. FIL § 351, stk. 2 og 3, må anses for særligt intensive. Ofte vil et sådant indgreb således kunne opfattes som mere indgribende end en eventuel bødestraf eller (kortere) fængselsstraf.

Spørgsmålet kan i denne forbindelse i sidste ende reduceres til et spørgsmål om graden af identitet mellem de forskellige sagers og kravs elementer.

Ift. indretningen af FIL må det uden videre kunne lægges til grund, at lovgiver med vedtagelsen af FIL, har vurderet, at retssager om Finanstilsynets afgørelser om ledelsesmedlemmers hæderlighed og egnethed skal føres i den civile retsplejes former. For påbud afgivet iht. FIL § 351, stk. 1-3, følger dette udtrykkeligt af FIL § 351, stk. 5, sidste pkt. Det må dog også i øvrigt antages at være gældende, jf. de tidligere § 6, stk. 5, og § 43, stk. 3, i BSL, som efter forarbejderne til lov 1990 0306 – i øvrigt uden nærmere bemærkninger om de mulige konsekvenser – alene ophævedes, fordi man ønskede at gøre

³⁴ Dette skete ved inkorporeringsloven, jf. nu lbkg. 1998 0750 med senere ændringer.

Erhvervsankenævnet til ankeinstans også i den slags sager. På baggrund af FIL's forarbejder må det videre lægges til grund, at lovgiver har vurderet dette med fuld viden om, at fit og proper-vurderinger efter loven kan føre til endog meget indgribende foranstaltninger over for såvel finansielle virksomheder som ledelsesmedlemmer. FIL er dermed indrettet således, at der ikke opstår spørgsmål om, hvorvidt afgørelser, som i hvert fald indirekte medfører rettighedsnægtelse eller rettighedsfortabelse, udelukker en straffesag baseret på den samme adfærd eller omvendt.

Spørgsmålet er dog, om dette udgangspunkt er holdbart efter international ret. Art. 4 (tiltrådt af Danmark uden reservationer) i protokol 7 har følgende ordlyd:

Article 4 – Right not to be tried or punished twice

- 1) No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.
- 2) The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.
- 3) No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.

Med den officielle danske oversættelses³⁵ ordlyd er spørgsmålet, om de sideløbende processystemer konkret kan medføre rejsning af sager, som efter artiklen indebærer, at nogen ”i en straffesag på ny [...]stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i overensstemmelse med denne stats lovgivning og strafferetspleje”.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols har truffet afgørelse vedr. et lignende spørgsmål i *Haarvig v. Norway*, admissibilitetsafgørelse af 11. december 2007:

Sagen havde baggrund i følgende omstændigheder: Som følge af en række strafbare handlinger indledtes en straffesag mod en norsk læge, og samtidig hermed blev lægen af den norske pendant til sundhedsstyrelsen adviseret om, at styrelsen i medfør af den norske lægelov overvejede at suspendere og inddrage lægens autorisation. Lægen deponerede herefter frivilligt sin autorisation og blev dømt efter den norske straffelovgivning, hvor en påstand om rettighedsfrakendelse dog ikke blev taget til følge. Da lægen nogle år efter anmodede om at få fornyet sin autorisation, besluttede styrelsen at suspendere autorisationen med henvisning til, at lægen på baggrund af de strafbare handlinger ikke kunne anses for værdig til at udføre lægegerningen, og styrelsen påbegynde en proces, hvor autorisationen skulle inddrages. Lægen anlagde herefter sag mod styrelsen, som på baggrund af førsteinstansens afgørelse omgjorde sin tidligere beslutning, således at lægen meddeltes autorisation. Dette medførte, at lægen ændrede sin påstand til et krav på compensation som følge af tilsidesættelse af artikel 4, stk. 1, i tillægsprotokol 7.

I sin vurdering udtaler Domstolen indledende bl.a., at artiklens formål er ”to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision”, at det derfor skal vurderes, om

³⁵ Det bemærkes, at autentiske, bindende udgaver af konventionen og protokollerne kun findes på engelsk og fransk.

”the proceedings relating to the suspension of the applicant’s licence to duty practice concerned a “criminal” matter within the autonomous meaning of Article 4 § 1 of Protocol No. 7”, og at Domstolen ved sin beslutning herom må inddrage ”such factors as the legal classification of the offence under national law; the nature of the offence; the national legal characterisation of the measure; its purpose, nature and degree of severity; whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence and the procedures involved in the making and implementation of the measure”. Domstolen bemærker herefter bl.a., at den norske lægelovs sanktionsmuligheder i form af suspension eller inddragelse af en autorisation primært udgør ”a civil law sanction of administrative regulatory character”, at sanktionerne efter deres indhold alene skulle bringes i anvendelse ud fra en *konkret*³⁶ vurdering af lægens egnethed, at formålet med sanktionsbestemmelserne ikke var at pålægge straf, men derimod at sikre såvel patienter som den fornødne tillid mellemsamfundet og lægeprofessionen, at suspensionsbestemmelserne udgjorde en nødvendig hurtig mulighed for at reagere, at sanktionerne ikke i øvrigt forhindrede lægen fra at udøve anden virksomhed end lægegeringen, og derfor endelig at den foretagne suspension (ud fra en proportionalitetsvurdering) ikke kunne betegnes som en ”criminal” sanktion. På baggrund heraf afvistes sagen enstemmigt som uadmissibel, som følge af, at klagen var ”manifestly illfounded”.

Domstolens afgørelse synes uden videre at kunne overføres ved en analogi på FIL’s bestemmelser om ledelsesmedlemmer, i hvert fald så længe Finanstilsynet faktisk foretager en konkret vurdering af ledelsesmedlemmernes hæderlighed og egnethed: Dels omfatter FIL en indirekte autorisationsordning, dels fører en eventuel strafbar adfærd hverken tvingende eller automatisk til, at en person anses for ikke at være tilstrækkeligt hæderlig efter FIL § 64, dels kan andre momenter end strafbare handlinger føre til en negativ vurdering, og endelig føres sager herom i civilprocessens rammer.

Spørgsmålet må derfor besvares benægtende.

³⁶ Idet Domstolen i afgørelsen hæfter sig ved, at straf ikke automatisk medførte anvendelse af sanktionerne, at ikke enhver form for straf ville føre til anvendelse af sanktionerne, og at (omvendt) andet end straf kunne føre til sanktionernes anvendelse.

5. Den fremtidige udvikling på området

Som tidligere nævnt vil direktiv 2013/36/EU³⁷ 1. januar 2014 ophæve og erstatte det gældende kreditinstitutdirektiv. Også dette direktiv fremstår for så vidt som et minimumsdirektiv, men medlemsstaternes råderum begrænses væsentligt i forhold til anvendelsen af de egentlige EU-regler, jf. også pkt. 13 i direktivets præambel: ”Med henblik på at sikre et velfungerende indre marked er det nødvendigt at indføre gennemsigtige, forudsigelige og harmoniserede tilsynspraksisser og tilsynsafgørelser for udøvelse af erhvervsvirksomhed og styring af grænseoverskridende kreditinstitutkoncerner. EBA bør derfor fremme harmoniseringen af tilsynspraksisser. Tilsynsprocesser og afgørelser i forbindelse med tilsyn må ikke stå i vejen for det indre markeds princip om en fri kapitalstrøm. Tilsynskollegier bør sikre, at der foreligger et fælles og tilpasset arbejdsprogram og harmoniserede tilsynsafgørelser.”

Direktivet viderefører de grundlæggende forpligtelser fastsat i de hidtidige direktiver på området, dvs. krav om en tilladelsesordning baseret på opfyldelse af en række betingelser (art. 8-14), herunder opfyldelse af fit & proper-krav (art. 13 og 91), regler om inddragelse af tilladelse (art. 18), begrundelse af negative afgørelser (art. 15) samt mulighed for at påklage afgørelser truffet i medfør af nationale bestemmelser vedtaget på baggrund af direktivet (art. 72)³⁸. Dog foretages der en meget væsentlig udbygning af fit & proper-reglerne, ligesom der indføres minimumsstandarder ift. pålæg af sanktioner og påbud om foranstaltninger, og disse sanktioner relaterer sig også til fit & proper-kravene.

Efter direktivets artikel 91, stk. 1, 1. pkt., skal ”[m]edlemmerne af ledelsesorganet [...] til enhver tid have et tilstrækkeligt godt omdømme og tilstrækkelig viden, faglig kompetence og erfaring til at kunne udføre deres opgaver”, hvilket bl.a. uddybes i artiklens stk. 8, hvorefter ”[h]vert medlem af ledelsesorganet udviser hæderlighed, integritet og uafhængighed for effektivt at kunne vurdere og anfægte afgørelser truffet af den daglige ledelse, dersom det er nødvendigt, og for effektivt at kunne føre tilsyn med og overvåge ledelsens beslutningstagning”. Samtidig forpligtes EBA i artiklens stk. 12 til at udstede retningslinjer med henblik på at præcisere en række begreber i artiklen, herunder den ”hæderlighed, integritet og uafhængighed, som et medlem af ledelsesorganet skal udvise”. Det må formodes, at disse retningslinjer vil læne sig kraftigt op af de nuværende retningslinjer.

³⁷ Baseret på COM(2011) 453.

³⁸ Dette krav adskiller sig for så vidt fra det tidligere krav om mulighed for at indbringe afgørelser for domstolene, men det forudsættes flere steder i direktivet, at der i sidste ende er en sådan mulighed, jf. således art. 35 og 54's bestemmelser om videregivelse af fortrolige oplysninger i forbindelse med sager for domstolene.

Herudover indeholder direktivet en række nye tilsynsrelaterede bestemmelser af relevans for nærværende afhandling:

- Efter art. 67 skal medlemsstaterne sikre, at der kan anvendes en række administrative sanktioner og andre administrative foranstaltninger, hvis et kreditinstitut tillader en person at blive eller forblive ledelsesmedlem, selvom vedkommende ikke opfylder fit & proper-kravene. De foranstaltninger, der efter artiklens stk. 2 som minimum skal kunne anvendes, er:
 - a) en offentlig erklæring, hvori nævnes den ansvarlige fysiske person eller det ansvarlige institut, finansielle holdingselskab eller blandede finansielle holdingselskab og overtrædelsens art
 - b) en afgørelse, hvorefter det pålægges den ansvarlige fysiske eller juridiske person at bringe den udviste handlemåde til ophør og at afholde sig fra at gentage en sådan handlemåde
 - c) for institutter, inddragelse af instituttets tilladelse, jf. artikel 18
 - d) et midlertidigt forbud mod varetagelse af hverv i institutter, som pålægges et medlem af instituttets ledelsesorgan eller en hvilken som helst anden fysisk person, der anses for at være ansvarlig, jf. dog artikel 65, stk. 2DA
 - e) for juridiske personer, administrative økonomiske sanktioner på op til 10 % af virksomhedens samlede årlige nettoomsætning, herunder bruttoindkomsten bestående af renteindtægter og tilsvarende indtægter, indtægter fra aktier og andre værdipapirer med fast/variabelt afkast samt gebyrer og provisionsindtægter, jf. artikel 316 i forordning (EU) nr. 575/2013, i det foregående forretningsår
 - f) for fysiske personer, administrative økonomiske sanktioner på op til 5 mio. EUR eller i medlemsstater, hvis valuta ikke er euroen, den tilsvarende værdi i national valuta på 17. juli 2013
 - g) administrative økonomiske sanktioner på op til det dobbelte af den fortjeneste, der er opnået, eller af det tab, der er undgået som følge af overtrædelsen, såfremt disse beløb kan beregnes.
- Efter art. 70 skal medlemsstaterne sikre, at de kompetente myndigheder ved valget af arten af administrative sanktioner eller andre administrative foranstaltninger og ved fastsættelse af størrelsen af administrative økonomiske sanktioner tager højde for alle relevante omstændigheder.
- Efter art. 102 skal de kompetente myndigheder stille krav om, at et institut på et tidligt stadium træffer nødvendige foranstaltninger, hvis instituttet enten ikke opfylder kravene i direktivet eller forordningen, eller der foreligger dokumentation for, at instituttet sandsynligvis vil overtræde disse krav inden for de følgende 12 måneder.

Direktivets art. 162³⁹ indeholder nærmere gennemførelsesbestemmelser. Det følger heraf, at medlemsstaterne senest 31. december 2013 skal vedtage og offentliggøre de nødvendige love og administrative bestemmelser for at efterkomme direktivet, mens disse skal anvendes fra 1. januar 2014. Direktivets afsnit VII, kapitel 4 vedr. kapitalbuffere finder, på nær direktivets artikel 133 om systemiske buffere, dog først anvendelse fra 2016, ligesom der indføres en indfasning af visse dele heraf i perioden 2016-2019.

Det synes på baggrund af ovenstående sikkert, at dansk ret ikke for nuværende lever op til direktivets bestemmelser. Således ses FIL ikke umiddelbart at omfatte hjemmel til de i art. 67 nævnte minimumssanktioner. På baggrund af kritikken givet af det nuværende indhold af FIL § 64, stk. 2, nr. 4 – eller i hvert fald den praksis, som Finanstilsynet har lagt for dagen – synes det endvidere åbenbart, at FIL ikke lever op til de krav om proportionalitet, der ligger i direktivet.

På den anden side har det ikke vist sig muligt at finde frem til verserende lovforslag herom eller til bilag desangående forelagt Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget. Regeringens lovprogram for Erhvervsministeriet omfatter heller ikke omfatter planlagte ændringer af denne karakter.

³⁹ Som berigtiget ved EUT L 208 af 2.8.2013, s. 73–73.

6. Konklusion og resumé

Den globale finanskriser har resulteret i en ny tilgang til tilsynet med pengeinstitutter, hvilket også i Danmark har medført flere tiltag. Således vedtog folkettingen i 2010 lov nr. 579 af 1. juni 2010, som gav en række øgede skønsbeføjelser til Finanstilsynet, hvor særligt lovens regler om pengeinstitutleders hæderlighed og egnethed syntes at blive udvidet. Med udgangspunkt i tre forfatteres kritik af forskellige aspekter heraf har afhandlingen haft det mål at vurdere rækkevidden af ændringen af disse bestemmelser.

De danske regler har baggrund i kreditinstitutdirektivet (direktiv 2006/48/EF), som forpligter medlemsstaterne til ikke at meddele tilladelse til pengeinstitutvirksomhed, hvis pengeinstitutts ledelse ikke kan anses for havende et tilstrækkeligt godt omdømme til at være egnet som ledelsesmedlem. De danske bestemmelser om hæderlighed og egnethed fremgår i deres ultimative form af § 64, stk. 2, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed (FIL), hvorefter ledelsesmedlemmer efter lovændringen til stadighed skal opfylde følgende krav:

”Må ikke have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen eller direktionen udviser eller har udvist en uforsvarlig adfærd, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor.”

Kritikken gik særligt på, at indholdet af denne bestemmelse var blevet så uklart med indførelsen af et tillidshensyn, at det medførte tilsidesættelse af væsentlige retssikkerhedshensyn.

I *kapitel 2* undersøgte baggrunden for ændringen nærmere. Det konkluderes, at loven havde fået sin udformning i et forsøg på at fastholde den danske tradition for, at der ikke i dansk ret anvendes vandelskrav, dvs. krav om et godt omdømme, som betingelse for nydelse af borgerlige rettigheder.

I *kapitel 3* foretoges en nærmere analyse af indholdet af FIL § 64, stk. 2, nr. 4, med forskellige tilgangsvinkler og på baggrund af såvel EU-retlige som nationalt danske principper. Det konkluderedes, at lovændringen reelt havde til formål at sikre stort set ubegrænsede beføjelser til Finanstilsynet, men at dette ikke var i overensstemmelse med EU-rettens krav. Det konkluderes videre, at man selv med lovens udformning efter ændringen ville kunne fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med kreditinstitutdirektivets bestemmelser. På baggrund heraf er Finanstilsynet forpligtet til i hver enkelt sag at foretage en konkret vurdering af alle relevante omstændigheder, herunder formildende omstændigheder. Tilsynet er videre forpligtet til at foretage en proportionalitetsvurdering, hvorefter intet indgreb kan foretages, hvis indgrebet står i et urimeligt forhold til

målet hermed. Med udgangspunkt heri konkluderedes det, at Finanstilsynets offentliggjorte afgørelser var truffet i strid med proportionalitetsprincippet.

I *kapitel 4* foretoges yderligere en vurdering af, om retten til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse har eller kan antages at have indflydelse på anvendelsen af reglerne om hæderlighed og egnethed. Rettigheden følger af art. 4 i protokol 7 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og det konkluderedes på baggrund af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, at rettigheden ikke havde indflydelse på reglerne.

I *kapitel 5* blev endelig givet en oversigt over det relevante indhold af direktiv 2013/36/EU, som 1. januar 2014 ophæver og erstatter det gældende kreditinstitutdirektiv. Det konkluderes, at det er nødvendigt med lovændringer for at opfylde direktivets krav, men at lovforslag herom tilsyneladende ikke er undervejs.

Litteraturliste

Andersen, Jon: *Legalitetsprincippet og fortolkning*. I: Hans Gammeltoft-Hansen et al.: *Forvaltningsret*. 2. udgave, 2002. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København. [Jon Andersen, *Legalitetsprincippet og fortolkning*]

Blume, Peter: *Juridisk metodelære*. 5. udgave, 2009. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København.

Bønsing, Sten: *Almindelig Forvaltningsret*. 3. udgave, 2013. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København. [Sten Bønsing, *Almindelig Forvaltningsret*]

Fenger, Niels: *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*. 1. udgave, 2010. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København. [Niels Fenger, *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*]

Garde, Jens: *Saglige krav*. I: Jens Garde et al.: *Forvaltningsret – Almindelige Emner*. 5. udgave, 2009. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København. [Jens Garde, *Saglige krav*]

Jensen, Camilla Hørby: *Ændrede regler for pengeinstitutters ledelse - helliger midlet målet?* I: UfR 2011B.275ff. [Camilla Hørby Jensen, *Ændrede regler for pengeinstitutters ledelse - helliger midlet målet?*]

Jørgensen, Tanja: *Retssikkerhed i Finanstilsynet*. I: UfR 2013B.119ff. [Tanja Jørgensen, *Retssikkerhed i Finanstilsynet*]

Langsted, Lars Bo: *En »fit and proper«" lov?* I: Carsten Munk-Hansen (red.) og Trine Schultz (red.) et al.: *Retssikkerhed i konkurrence med andre hensyn*. 1. udgave, 2012. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København. [Lars Bo Langsted, *En »fit and proper«" lov?*]⁴⁰

⁴⁰ Bemærk: Kun det pågældende kapitel, uden sidetal synlige, var til rådighed; sidetal henviser derfor til sidenummeret i kapitlet.